

# A hermenêutica jurídica de Gadamer

Ana Maria D'Ávila Lopes

## Sumário

1. Evolução histórica do conceito de ciência jurídica. 2. A teoria hermenêutica de Gadamer. 3. A hermenêutica jurídica de Gadamer. 4. O papel do juiz segundo a hermenêutica de Gadamer.

A sujeição do juiz à lei já não é, como no velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, seja qual for o seu significado, senão sujeição à lei enquanto válida. A validade, por outro lado, já não é um dogma ligado à simples existência formal da lei, senão uma qualidade contingente ligada à coerência de seus significados, coerência mais ou menos discutível e sempre remetida à valorização do juiz. Dessa maneira, a aplicação da lei é um juízo sobre ela, tarefa que corresponde ao juiz junto com a responsabilidade de escolher o único significado válido para o caso. O juiz nunca deve ter uma opção acrítica e incondicionada<sup>1</sup>.

Nesse sentido, a importância do estudo da teoria hermenêutica jurídica de Gadamer é fundamental para a análise da nova visão do Direito contemporâneo, pois, como ele afirmou, a hermenêutica jurídica permitirá uma aplicação mais justa do Direito, “*afinando la sensibilidad jurídica que ha guiado la interpretación*”<sup>2</sup>.

Hans-Georg Gadamer publicou sua grande obra “Verdade e Método” em 1960, livro que reflete, em certo modo, a influência recebida de seu mestre Heidegger, pois

Ana Maria D'Ávila Lopes é Mestre em Direito Constitucional pela UFMG, Doutora em Direito Constitucional pela UFMG e Professora de Direito Constitucional na UPF- RS.

desenvolveu “um interesse filosófico pelo diálogo com a tradição, com as línguas e as culturas distantes, e refletiu sobre as condições históricas e filosóficas da compreensão e da interpretação”<sup>3</sup>.

Em “Verdade e Método”, Gadamer expõe uma nova teoria da experiência hermenêutica que vá além da tradicional concepção que a equipara a uma metodologia científica. No prólogo à segunda edição do livro, refere que: “*no era mi intención componer una ‘preceptiva’ del comprender como intentaba la vieja hermenéutica. No pretendía desarrollar un sistema de reglas para describir o incluso guiar el procedimiento metodológico de las ciencias del espíritu*”<sup>4</sup>. Sua verdadeira pretensão era filosófica: “*no está en cuestión lo que hacemos ni lo que debiéramos hacer, sino lo que ocurre con nosotros por encima de nuestro querer y hacer*”<sup>5</sup>. A hermenêutica deixa de ser um método para tornar-se uma ontologia, o modo de “ser do homem”, o modo de “compreender”, de “conhecer”, desvalorizando, dessa maneira, a teoria positivista, derivada da rígida posição objetivista e absolutista da Ilustração, que eleva a razão a um *status* de inquestionabilidade e inatingibilidade. Para Gadamer, entender e compreender um texto é um modo de contribuir à cultura da humanidade e até mesmo à autocompreensão do próprio indivíduo.

A teoria da hermenêutica jurídica é estudada por Gadamer porque apresenta um modelo de aplicação ideal para qualquer ciência do espírito, “*cuando el juez se sabe legitimado para realizar la complementación del derecho dentro de la función judicial y frente al sentido original de un texto legal, lo que hace es lo que de todos modos tiene lugar en cualquier forma de comprensión*”<sup>6</sup>. Ainda que sua real intenção não fosse desenvolver uma hermenêutica jurídica, no seu livro, encontramos várias referências a ela e ao fundamental papel do juiz na aplicação do Direito, referências que analisaremos.

## 1. Evolução histórica do conceito de ciência jurídica

Antonio de Osuna, no seu livro sobre a Hermenêutica Jurídica<sup>7</sup>, faz uma interessante análise da evolução do problema gnoseológico e epistemológico do Direito. A transformação da ciência ocidental durante os séculos XVII e XVIII em uma ciência racionalista, metodológica e sistemática repercutiu no Direito, que até então tinha-se limitado a ser uma ciência cujo conteúdo era o estudo filológico e gramatical de textos antigos, para transformar-se em uma construção racional e abstrata, com pretensões de rigidez matemática, provocando o surgimento, no final do século XVIII e começos do XIX, de um movimento codificador que pretendeu converter o vigente Direito sistemático e racional em uma estrutura universal e de permanente valor conceptual.

Nesse sentido, surge, por um lado, a “Escola da Exegese”, na França, que tinha como objetivo introduzir uma ordem e um método no movimento codificador da época e dar continuidade às condições surgidas na revolução, que indubitavelmente favoreciam à burguesia; e, por outro lado, a “Escola Histórica de Direito”, na Alemanha, onde não existia uma burguesia interessada em reter o poder e manter as condições sociais, senão que, pelo contrário, pretendia questionar e reformar os pressupostos de um Direito despótico, baseado num excessivo formalismo e racionalismo.

Foi esta última visão do Direito a que trouxe novas reflexões e indagações a respeito da sua cientificidade e sobre uma possível relação com a realidade cultural e filosófica na qual se desenvolvia.

Seguindo essa linha de pensamento, a Escola Histórica fundou sua nova concepção de ciência jurídica. Não existe nenhum fato isolado nem autônomo, mas é a história o vínculo orgânico no qual se relacionam todas as coisas. Savigny, o

principal representante dessa corrente, afirmava que compreender o presente é igual a desenvolver as possibilidades do passado. A criação do Direito segue uma linha contínua de progresso e evolução, sendo um erro definir o Direito como absoluto e válido para sempre, como assim era entendido pelo antigo Direito natural. O processo histórico do Direito segue o caminho da construção da história do povo em que se desenvolve. Dessa maneira, a ciência jurídica é uma importante fonte de progresso, mas, antes, é preciso captar o seu “sentido”, para o qual era necessário, em primeiro lugar, reproduzir em nós a “idéia original” da norma e, em segundo lugar, considerar os fatos históricos e o sistema em que a norma está inserida.

Foi, contudo, na escolha dessa metodologia para a análise da ciência jurídica que essa Escola cometeu um grave erro, pois se dedicou simplesmente a investigar historicamente o Direito e não, como deveria ter sido correto, utilizar sua história para compreendê-lo na atualidade. O erro foi reduzir o seu objeto a uma investigação “arqueológica” do passado, tornando numa dogmática formalista e conceptualista, afastada do seu contexto atual. O espírito do povo desaparecia como interlocutor da criação do Direito, para dar lugar a evocações retóricas e românticas da história. A finalidade da interpretação era reconstruir o pensamento contido na lei, deixando de lado qualquer fundamentação epistemológica da percepção histórica do passado em relação ao Direito atual ou a forma de aceder à sua essência, tema que seria o propriamente científico no Direito.

A rejeição ao Direito natural racionalista e abstrato obrigou Savigny, influenciado seguramente pelo idealismo alemão, a propor um conhecimento intuitivo da história do Direito, privando-o do rigor e da universalidade da razão, pois, embora a intuição fosse capaz de gerar uma

convicção firme, não era o suficientemente válida para fundar uma legislação universal e, muito menos, para impor uma visão em particular.

O tema central do problema, a justificação do Direito vigente por meio da história, ficou sem ser esclarecido, assim também a forma como deveria ser a interpretação dessa história para obter uma ciência correta do Direito.

Por último, a definição do Direito como uma ciência dogmática e histórica originou uma discussão que repercutiu em todo o âmbito científico. Se por um lado determinava-se que o Direito era uma ciência dogmática, formalista e racionalista, pelo outro, e em sentido oposto, proclamava-se a sua natureza orgânica e vital, relacionada com a evolução histórica, criando uma aparente contradição. Finalmente, que tipo de ciência era a ciência jurídica?

No fim do século XIX, Dilthey desenvolveu uma nova teoria sobre as ciências que não podiam experimentar-se ou observar-se empiricamente (como no caso da história, da ética, da lingüística, da ciência jurídica, entre outras), cujo objeto era a realidade histórico-social da vida humana. Dilthey chamou-as ciências de “ciências do espírito” em contraposição às físico-naturais. Assim, também, introduziu um novo termo para o conceito de entender, o “compreender”, para designar o conhecimento próprio daquelas ciências do espírito; enquanto, para as ciências dos fenômenos sensíveis da natureza, utilizou o termo “explicar”, “*explicamos a naturaleza, pero comprendemos (verstehen) la vida del espíritu*”<sup>8</sup>. Compreender seria a captação do profundo e, nesse sentido, a hermenêutica deixava de ser simplesmente explicativa para ser a compreensão da realidade.

Por outro lado, a distinção feita por Dilthey colocava a ciência jurídica sob o paradigma próprio das “ciências do espírito”, desde que, no Direito, “*subsiste sin confusión lo histórico-vital y lo organizativo social*”<sup>9</sup>. Assim, o Direito estaria

referido a sistemas de cultura e à organização da sociedade, em que o axiológico não poderia ser descartado.

Desenvolvendo esta última idéia, e sob a influência de Rickert e Lask, Radbruch definiu a ciência jurídica como a formalização dos valores existentes no Direito, e não apenas como o estudo formal dos valores jurídicos, provocando o fim do predomínio da concepção positivista que deixava de lado qualquer conteúdo ético ou social. A ciência jurídica era interpretada como um fenômeno cultural e como a ciência dos valores que dirigiam sua criação, em contraste com a anterior concepção dogmática do Direito.

Já no começo deste século, desenvolveram-se teorias neopositivistas da ciência jurídica, as que, retomando o positivismo do século XIX, questionaram o caráter axiológico, não-positivista, da ciência jurídica ou de qualquer outra ciência. A única base correta de todo conhecimento seria a experiência dos dados sensíveis, e não proposições tautológicas ou metafísicas; dessa maneira, o único no qual, por exemplo, a filosofia poderia “ajudar” seria na análise lógica-lingüística das proposições, por meio da lógica formal, isto é, a análise da linguagem “formalmente correta”. Kelsen<sup>10</sup> foi o mais importante representante dessa corrente, colocando o Direito num lugar privilegiado diante das outras ciências morais. Assim, também, diferenciou as ciências naturais, regidas pelo princípio de causalidade, das normativas, regidas por uma imputação do “dever ser”, mas deixou claro que a condição de ciência decorria da sua “positividade”, ou seja, de não admitir outro conteúdo material que não fosse o empiricamente comprovável. A ciência jurídica deve limitar-se a explicar empiricamente o Direito como é, sem tentar justificá-lo ou criticá-lo.

O positivismo construiu um novo conceito de ciência com a intenção de ser o verdadeiro e definitivo, substituindo a

filosofia em todos os seus aspectos. Essa “nova” ciência, chamada Dogmática Jurídica, caracterizou-se por definir os seus princípios desde uma realidade “positiva” do Direito e dos fenômenos jurídicos, enunciando leis válidas para a interpretação, aplicação e complementação do Direito, entendendo este como um sistema. Os seus princípios seriam dogmas ou verdades axiológicas com a estabilidade e rigidez das leis naturais, sem ter que fundar-se em outro saber superior, rejeitando qualquer outra consideração teórica ou filosófica do Direito. Tratava-se de um positivismo formalista e conceptualista em oposição ao anterior positivismo filosófico.

A insuficiência desta ciência, a Dogmática Jurídica, era clara. Construir uma ciência sem fundamentos teórico-filosóficos é o mesmo que criar uma *praxis* sem teoria que a sustente. Precisa-se justificar o conteúdo e a aplicação das leis. A interpretação do Direito não pode limitar-se a critérios formalistas ou prescindir dos condicionamentos sociais, culturais ou éticos em que se desenvolve<sup>11</sup>.

A interpretação da lei, ou a busca do seu “sentido”, como diria Savigny, não pode ser um problema metodológico ou de simples técnica jurídica. É um problema filosófico, pois a interpretação tem muito que ver com a historicidade e a faticidade de qualquer conhecimento, teoria que amplamente demonstrará Gadamer.

## 2. A teoria hermenêutica de Gadamer

Em “Verdade e Método”, Gadamer, acompanhando os ensinamentos de seu mestre Heidegger, que definia a compreensão como forma de definição do “ser” (o chamado “giro hermenêutico”), vai expor uma teoria a respeito da natureza ontológica da experiência humana identificando-a com a compreensão, “*comprender e interpretar textos no es sólo una instancia científica, sino que pertenece con*

*toda evidencia a la experiencia humana del mundo*"<sup>12</sup>. Ainda mais, Gadamer irá além desses ensinamentos e afirmará a pertença do intérprete à compreensão histórica. No compreender histórico, há uma auto-revelação do próprio existir no mundo e um "como" revelar-se à própria identidade temporal e finita. O existir é um compreender e um interpretar<sup>13</sup>.

Com Gadamer, a hermenêutica se transformará de simples técnica de compreensão das ciências do espírito (segundo Dilthey) em uma ontologia do intérprete e de seus condicionamentos existenciais. A compreensão, a interpretação e a aplicação, que eram três momentos diferentes segundo a antiga hermenêutica, sob a teoria de Gadamer adquiriram caráter indivisível<sup>14</sup>.

Outra diferença importante entre a antiga hermenêutica e a nova é que aquela considerava a interpretação dos fenômenos históricos um verdadeiro problema devido à "distância temporal" que existia entre o passado e sua compreensão atual, sem entender que é justamente essa "historicidade" o que nos permite compreendê-los melhor<sup>15</sup>. Mas não devemos confundir essas idéias com as da Escola Histórica, pois Gadamer teve especial cuidado no momento de acolher alguns dos pontos mais importantes dessa corrente e descartar outros; lembre-se que a Escola Histórica não conseguiu liberar-se dos ideais da Ilustração, segundo os quais a razão era a explicação de toda realidade e que não estava sujeita a nenhum pressuposto real. Assim, se num primeiro momento esse historicismo pareceu contrariar os ideais da razão absoluta, acabou sendo "prisioneiro" de seus dogmas, transformando a crítica histórica em critério supremo de verdade e assumindo o princípio do absoluto objetivismo histórico que afasta qualquer preconceito decorrente da tradição ou do costume. A teoria hermenêutica de Gadamer critica essa posição e argumenta que a razão não

é absoluta (aliás, não existe nada absoluto), senão que só existe como real e histórica, pois está referida ao contexto no qual se exerce.

O novo conceito do compreender repercutirá na dinâmica do conhecimento sujeito-objeto, entendidos até então como pólos opostos. O dualismo sujeito-objeto transformar-se-á em uma nova fenomenologia do "estar ali", concentrando-se numa só referência histórica. Nesse sentido, Gadamer rejeita a pretensão de "se colocar no lugar de outro" para compreender algo, pois o existir está sempre mediatizado pelo tempo e pelos condicionamentos próprios de cada um. Eu só posso compreender desde meu tempo e desde minha condição singular. Se eu estivesse no lugar do outro, já não seria minha compreensão enquanto acontecer histórico distinto<sup>16</sup>.

Assim, o espaço que separa as pessoas será preenchido pela compreensão. É o que se chama de "fusão de horizontes", sendo que horizonte é o âmbito de visão existente desde um ponto determinado da história, ou seja, o resultado dialético do contraste do passado como o presente. Tal horizonte, na medida em que desenvolvemos nossos pessoais preconceitos e geramos novos espaços de compreensão, nunca se esgota, nem se estabiliza, pois evolui sem fim. Dessa maneira, a compreensão que se realiza mediante o diálogo hermenêutico implica fundir o meu horizonte histórico com o do outro, ganhando um novo; isto é, não só conhecer o horizonte do pensamento do outro, senão inter-relacionar os horizontes próprios e os alheios para dar origem a uma nova expressão dos fatos.

Esse diálogo hermenêutico, por outro lado, realiza-se dentro da própria consciência da "história efetual", ou seja, dentro da constituição objetiva da cadeia de interpretações feitas sobre o mesmo texto. A consciência da historicidade do texto que o intérprete tem forma parte, por sua vez, da história efetual do próprio texto, porque toda compreensão é histórica

e todo entender se incorpora ao processo histórico, independentemente da vontade do intérprete. A história efetual opera, conscientemente ou não, em toda compreensão, condicionando e controlando a fusão de horizontes<sup>17</sup>.

A efetualidade do texto é uma mediação necessária entre o intérprete e o histórico como histórico. Talvez o principal erro da Escola Histórica tenha sido precisamente não perceber a própria historicidade da compreensão. Aquela pretensão de resgatar o sentido original do texto ou a intenção do autor, além de impossível, era totalmente imprática.

O Historicismo pensou que a distância no tempo era uma barreira que impossibilitava a compreensão e que só poderia ser superada com a ajuda de metodologias adequadas que permitissem a transferência do intérprete ao passado. Mas Gadamer demonstrou que, pelo contrário, essa distância no tempo era precisamente fator que permitia a compreensão. O tempo não é um obstáculo para compreender o passado senão o autêntico âmbito em que se realiza. Só quando as coisas se captam com perspectiva e distância é que podem adquirir o seu verdadeiro sentido, entanto o juízo imediato dos fatos muitas vezes é deformado pela proximidade<sup>18</sup>. Cada nova leitura de um texto é uma leitura diferente, pois cada época o entenderá segundo o seu próprio interesse objetivo e suas circunstâncias. Dessa maneira, a interpretação de um texto superará sempre a seu autor, “*por eso la comprensión no es nunca un comportamiento reproductivo, sino que es a su vez siempre productivo*”<sup>19</sup>.

Para a compreensão de um texto, então, será necessário estar “aberto” à opinião do autor, pois o texto expressará sua opinião, a que, embora não coincida com a minha, deverá ser “escutada” se se quer acrescentar algo à própria compreensão.

É um processo que se caracteriza por sua circularidade, pois tem o seu começo na pré-

compreensão que o intérprete tem do texto, enquanto depois aquela retorna já modificada. Isso é o “círculo hermenêutico”.

Essa idéia da circularidade da compreensão foi desenvolvida originariamente por Schleiermacher para expressar a relação recíproca entre o singular e o todo, entre o particular e o geral. Um texto é entendido na sua totalidade a partir da compreensão de cada uma das suas partes, as que, por sua vez, geram uma nova visão do todo, porém, são só dois momentos de um único acontecer.

Heidegger acompanha essa idéia do processo circular outorgando-lhe uma maior importância na sua teoria sobre a natureza ôntica da compreensão. Nesse sentido, salientou a relevância da interpretação como o desenvolvimento das possibilidades abertas do “estar ali”. O compreender é um “ver em redor”, e sua fundamentação reside no “ter prévio”, isto é, na pré-compreensão do intérprete. Toda interpretação está prefixada no “*previamente poseído, previamente visto y lo previamente ideado*”<sup>20</sup>. Não existe interpretação sem pressupostos ou sem preconceitos, pois são condicionamentos prévios do “estar ali”.

Gadamer retoma esses pensamentos e reconstrói o conceito de preconceito, outorgando-lhe um caráter essencial dentro da sua teoria hermenêutica, eliminando, assim, a carga negativa de juízo antecipado que tinha adquirido durante a Ilustração. A idéia de um conhecimento do passado por meio da razão pura, sem mediação da própria tradição do intérprete, será rejeitada claramente,

“*¿estar inmerso en tradiciones significa real y primariamente estar sometido a prejuicios y limitado en la propia libertad? ¿no es cierto más bien que toda existencia humana, aún la más libre, está limitada y condicionada de muchas maneras? (...). Para nosotros la razón no es dueña de sí misma sino que está referida a lo dado en lo cual se ejerce*”<sup>21</sup>.

Aliás, irá mais longe ao afirmar que: “*los prejuicios de un individuo son, mucho más que sus juicios, la realidad histórica de su ser*”<sup>22</sup>. Por outro lado, o reconhecimento da historicidade de toda compreensão permitirá distinguir os “verdadeiros” dos “falsos” preconceitos, de modo que estes últimos sejam descartados para permitir um acesso objetivo ao texto, isto é, a confrontação da história efetual do texto com a própria tradição do intérprete significará tirar toda força ao falso preconceito, eliminando-o.

Resumindo, a pré-compreensão, constituída por preconceitos, será a condição prévia para a compreensão de um texto, ou seja, o “pano de fundo” (*background*) que permitirá compreender. Nesse sentido, cada vez que um texto seja compreendido, a pré-compreensão se modificará. Cada nova leitura de um texto será diferente, não necessariamente melhor, senão simplesmente diferente, devido não só a que a pré-compreensão se modifica a cada leitura, senão que a própria história efetual do texto é, por sua vez, modificada<sup>23</sup>.

Mas essa nova teoria hermenêutica não propõe como suficiente o saber prévio do sentido original do texto para a sua aplicação posterior. Isso seria igual a esquecer a tensão existente entre o sentido original e o atual. Não existe uma compreensão originária e logo uma aplicação. O intérprete incorpora sua própria situação histórica na compreensão histórica do texto, configurando, só nesse momento, o “sentido originário”. Um texto não existe autonomamente, independente de uma interpretação, senão que precisa do intérprete para ter “vida”. O círculo hermenêutico implica um processo circular entre a tradição do intérprete e a do texto; não é possível falar de uma reconstrução do passado como passado, porque significaria entender a compreensão como era entendida no século XIX, significaria não reconhecer a sua natureza ôntica refletida

na participação essencial do intérprete. Por outro lado, pretender que o intérprete possa realizar uma interpretação absolutamente objetiva ou pura de um texto, isto é, que possa reconstruir o seu sentido originário, significa não ter entendido nem percebido a historicidade de toda compreensão (a história efetual do texto), nem que os preconceitos do intérprete estão inseridos, queira-se ou não, no processo interpretativo, “uma compreensão, por mais controlada que seja, não consegue simplesmente ultrapassar os vínculos da tradição do intérprete”<sup>24</sup>. Aliás, o texto é irrepetível até mesmo para o próprio autor-produtor desse texto, porque do próprio pensamento e das idéias, uma vez elaboradas e concluídas, somos intérpretes<sup>25</sup>.

A verdade de um texto não estará na submissão incondicionada à opinião do autor nem só nos preconceitos do intérprete, senão na fusão dos horizontes de ambos, partindo do ponto atual da história do intérprete que se dirige ao passado em que o autor expressou-se. O intérprete não realiza apenas uma atividade “reprodutiva” do texto, senão que o atualiza de acordo às circunstâncias do momento, por isso fala-se do seu labor “produtivo”<sup>26</sup>. A importância da teoria hermenêutica de Gadamer é ter demonstrado que toda interpretação é a compreensão atual do passado.

O problema que surge é determinar se é possível falar de uma verdadeira compreensão. Isto é, se a compreensão tem uma natureza ontológica e depende essencialmente da participação do intérprete, cuja tradição faz parte da interpretação do texto, questiona-se como é possível um dever ser da verdade da hermenêutica.

Gadamer retoma o pensamento aristotélico sobre o saber moral, definido como o saber que se refere ao próprio sujeito conhecedor e o relaciona à sua atividade humana, para aplicá-lo às ciências do espírito cujo objeto não é saber algo alheio,

senão saber sobre “si mesmo”, sobre algo próximo e comprometedor, “...las ciencias del espíritu forman parte más bien del saber moral. Son ‘ciencias morales’. Su objeto es el hombre y lo que éste sabe de sí mismo”<sup>27</sup>.

O saber moral, segundo Aristóteles, é uma autoconstrução da pessoa. “*El hombre se convierte en tal sólo através de lo que hace y como se comporta*”<sup>28</sup>. O “melhor” do homem somente se manifesta na concretização da situação prática na que se encontra; dessa maneira, o saber moral do intérprete deve compreender o que essa situação exige dele<sup>29</sup>. A sabedoria moral implica um “bom senso” (*phrónesis*) que permite distinguir o equitativo, ou seja, o que está de acordo com a verdade. Gadamer usará essas idéias, mas, para aplicá-las a sua teoria hermenêutica, assim, o “bom senso” será o equivalente ao juízo compreensivo, onde compreender é “sentir” o “alheio” como se fosse “nosso”, num caso singular. O dever ser da verdade numa ciência do espírito será, assim, igual ao “bom senso” do saber moral.

Por outra parte, se a hermenêutica é uma experiência dialética, na qual a experiência é simplesmente a manifestação da finitude do “estar ali”, e o diálogo, entre a tradição do intérprete e história efetual do texto, é consequência de seu caráter de fenômeno moral, a verdade “acontecerá”, então, no encontro entre “sujeito” e “objeto”, na mediação entre o presente e o passado, cuja distância não é um vazio, mas a presença dos efeitos, isto é, da tradição.

O diálogo com o passado é uma atitude de “abertura” ao outro, é a disponibilidade de aceitar sua “verdade”, porém não é uma relação de domínio, senão um “*mutuo escuchar*”<sup>30</sup>. A estrutura dessa abertura é de uma lógica de perguntas, em que o intérprete interroga ao texto, o qual, por sua vez, oferece diversas respostas. Dessa maneira, pode-se afirmar que: “*lo que autor pretendia decir en el texto (la mens auctoris) es un sector muy pequeño y de inferior valor*

*a lo que aporta sobre este texto la experiencia actual del mismo*”<sup>31</sup>.

Por último, Gadamer ressalta o papel essencial da linguagem no âmbito da sua teoria hermenêutica, pois constitui a mediação total da experiência do ser, “é assim que a linguagem passa a ser – historicamente – a estrutura ontológica desse ser histórico que é o homem, ser dialógico por natureza”<sup>32</sup>. A linguagem é primariamente o mundo interpretado pelo homem, é o acontecimento interpretativo da realidade. A lingüística oferece o meio de universalizar nossa razão histórica, estética ou jurídica, isto é, o meio de aceder a uma teoria geral da interpretação. Dessa maneira, Gadamer propõe uma hermenêutica universal que abrange toda relação do homem com o mundo, “*el lenguaje es un centro en el que se reúnen el yo y el mundo, o mejor, en el que ambos aparecen en su unidad originaria*”<sup>33</sup>. A linguagem não é apenas um instrumento pelo qual compreendemos, senão a estrutura ontológica desse ser histórico, “*un ser que se comprende es lenguaje*”<sup>34</sup>. A teoria da ontologia hermenêutica converte-se também numa ontologia lingüística.

### 3. A hermenêutica jurídica de Gadamer

No seu livro “Verdade e Método”, Gadamer desenvolve, também, uma hermenêutica jurídica, pois nela encontra o modelo de relação entre o passado e o presente que procurava para as ciências do espírito<sup>35</sup>.

A função normativa do Direito é regular os comportamentos dos cidadãos e das instituições da vida social, sendo indispensável a compreensão interpretativa da norma, “interpretar normas es regular comportamentos”<sup>36</sup>. Mas a compreensão do Direito só será possível por meio da aplicação da norma a uma situação jurídica concreta, “*comprender es, entonces, un caso especial de la aplicación de algo general a una situación concreta y determinada*”<sup>37</sup>. Isso devido a que as situações que

acontecem na vida social e que requerem a sua regulamentação pelo Direito são muitas e diferentes; assim, cada nova situação irá requerer uma nova aplicação da norma, pois a sua generalidade e sua historicidade impedem uma aplicação imediata. No Direito, não existe um processo interpretativo independente da aplicação da norma, já que só nesse momento é possível compreender todo o seu sentido, é ali que se fundamenta sua validade<sup>38</sup>. Compreensão, interpretação e aplicação não são três momentos autônomos, mas interdependentes. A autonomia interpretativa só existiria se se entendesse a aplicação jurídica como uma simples subsunção da norma ao caso concreto, afastada da sua historicidade.

Gadamer resgata a importância da compreensão histórica, mas adverte que é apenas um meio<sup>39</sup>.

A compreensão histórica da norma pretende renovar a sua efetividade histórica em relação a uma nova situação, e não simplesmente reconstruir a intenção original do legislador, atitude que seria igual a tentar reduzir os acontecimentos históricos à intenção dos protagonistas. A historicidade da norma, igual a em qualquer outro texto, não é uma restrição a seu horizonte, senão que, pelo contrário, a condição que permite sua compreensão. No Direito, essa condição se manifesta por meio do vínculo que existe entre a pessoa obrigada e a norma, vínculo que afeta a todos por igual, e não faz da lei uma propriedade pessoal do legislador<sup>40</sup>.

A real finalidade da hermenêutica jurídica é “encontrar o Direito” (seu sentido) na aplicação “produtiva” da norma, pois a compreensão não é um simples ato reprodutivo do sentido original do texto, senão, também, produtivo<sup>41</sup>. O processo hermenêutico, cuja estrutura é circular, exigirá que o intérprete permaneça aberto para “escutar” a mensagem da norma, a que, por sua vez, procederá como se estivesse respondendo a uma

pergunta daquele. Esse movimento circular faz com que a norma “fale” mais, enquanto mais clara seja a pergunta, e, por outro lado, permite que o intérprete acrescente cada vez mais sua pré-compreensão à interpretação, enquanto maior seja o significado que a norma “revele”. Isso implica que nenhum intérprete pode pretender reconstruir a intenção do legislador sem assumir que sua própria pré-compreensão faz, por sua vez, parte desse processo interpretativo, produzindo a cada nova leitura um novo sentido, “*nunca se resaltarà suficientemente que la interpretación es una nueva lectura de las normas jurídicas y que cada caso será una nueva aplicación, algo como si el derecho reverdeciera cada vez que es aplicado o cumplido*”<sup>42</sup>; por outra parte, também não poderá esquecer-se da história efetual da norma, isto é, da sua tradição. Dessa maneira, não se pode falar de uma “verdade” na interpretação, como se fosse um conhecimento fixo ou pré-existente à compreensão, mas se trata de uma “verdade” construída dialógica, consensual e procedimentalmente. Segundo Gadamer, a verdade, “*se desplaza insensiblemente al ámbito de la situación del sujeto investigador y de las finalidades de la misma ciencia*”<sup>43</sup>. A pretensão reguladora de uma norma deve ser entendida como o início de todo um processo interpretativo e aplicativo.

#### 4. O papel do juiz segundo a hermenêutica de Gadamer

A aplicação do Direito é sem dúvida um dos temas mais discutíveis no mundo jurídico, pois surge diante de nós o constante conflito entre a justiça e a segurança jurídica. Por um lado, a justiça que obriga o juiz a encontrar a solução correta do caso concreto e, por outro lado, a segurança do ordenamento que o sujeita à lei positiva.

O paradigma positivista de inícios deste século caracterizou-se por seu rígido formalismo e pela ausência de qualquer fundamento teórico-filosófico, exigindo,

assim, a sujeição do juiz a critérios estritamente formalistas na aplicação da lei, prescindindo dos condicionamentos sociais, culturais ou éticos do seu meio. A segurança jurídica tinha evidentemente a primazia.

Já no período pós-guerra, essa posição foi duramente questionada, surgindo uma clara reação contra os dogmas da sujeição absoluta do juiz à lei positiva, assim como da concepção mecânica da aplicação do Direito. Desde um aspecto político, foi questionado o “culto” dos sistemas totalitários a uma legalidade positiva, que exigiram a submissão do juiz a conteúdos de qualquer tipo de legislação positiva. No aspecto teórico, questionou-se a tese que propugnava a simples subsunção do Direito ao caso em particular, o que só poderia ser aceite se se entendesse que a norma tem um único significado, autêntico e definitivo<sup>44</sup>.

Esta última posição tem adquirido cada vez mais força, surgindo diversas teses que resgatam o verdadeiro papel do juiz na aplicação do Direito. Entre elas, temos a teoria hermenêutica de Gadamer, que propõe o seguinte:

O juiz é, antes de mais nada, um intérprete, pois, para aplicar o Direito, deve, em primeiro lugar, compreender a norma, “*la interpretación no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión*”<sup>45</sup>. Compreensão, interpretação e aplicação não são três momentos independentes, senão que formam parte de um processo unitário; a aplicação é tão essencial e integral como as outras duas<sup>46</sup>. Assim, uma norma adquire todo o seu sentido apenas quando é aplicada, pois só nesse momento é que sua validade pode ser avaliada, “*lo que es justo no se determina por entero con independencia de la situación que me pide justicia*”<sup>47</sup>.

Porém, como Gadamer refere, o justo também está determinado, com certo sentido absoluto, nas leis ou nas regras de

comportamento gerais da moral (embora não codificadas, estão determinadas e têm caráter vinculante). Nesse sentido, o juiz tem de usar o seu “bom senso” (*phrónesis*) para a correta aplicação da norma, o que implica abandonar o velho paradigma positivista da subsunção para assumir o que é mais importante: a procura de um Direito melhor. Assim, quem aplica a norma em uma situação concreta poderá estar obrigado, seguramente, a fazer concessões a respeito da lei, não porque não seja possível fazer algo melhor, senão porque, de outro modo, não seria justo<sup>48</sup>. Aristóteles chamou isso “*eqüidade*”, que significa correção da lei; por outra parte, mostrou que toda norma se encontra em uma tensão necessária a respeito da concretização do atuar, porque é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda sua concretude, “*la ley es siempre deficiente, no porque lo sea en sí misma sino porque frente a la ordenación a la que se refieren las leyes, la realidad humana es siempre deficiente y no permite una aplicación simple de las mismas*”<sup>49</sup>.

As situações da vida social que precisam de uma regulamentação normativa são inúmeras e, sobretudo, diferentes. Isso é uma realidade que todo aquele que pretenda aplicar o Direito tem de reconhecer e ter presente. As circunstâncias mudam e, em consequência disso, a função normativa da lei tem de determinar-se e adequar-se a elas. Para uma correta adequação do sentido da lei, será preciso, em primeiro lugar, conhecer o seu sentido originário, mas apenas como um meio de reflexão das mudanças históricas, que permite distinguir o sentido original da aplicação atual<sup>50</sup>. O juiz deverá responder à “*idéia jurídica*” (sentido originário) da lei confrontado-a com o presente, procurando o seu significado jurídico, e não o histórico, pois o seu objeto é a criação do Direito, a que tem de ser entendida juridicamente, e não historicamente<sup>51</sup>.

No ordenamento jurídico, está presente a idéia de que a sentença do juiz não pode obedecer a arbitrariedades, mas tem de ter em consideração a justiça do conjunto; aliás, qualquer pessoa está capacitada para ponderar o justo no caso concreto. Nisso consiste a segurança jurídica de um estado de Direito. Todos podem prever corretamente qual será a decisão do juiz sobre a base das leis vigentes, porém também será necessário conhecer o judiciário e todos o que o determina<sup>52</sup>.

No atual estado de Direito, pode-se concluir, então, que o juiz não está mais submetido à literalidade da lei, mas, também, não pode atuar à margem de qualquer vínculo, porque, na medida em que cria Direito, deve permanecer dentro dos limites que a correta compreensão e interpretação da norma, na sua aplicação em um caso concreto, impõe-lhe.

### Notas

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. *El derecho como sistema de garantías*. 2. época. Lima : Themis, n. 29, 1994. p. 120.

<sup>2</sup> GADAMER, Hans-George. *Verdad y Método*. tradução por Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. Salamanca : Sígueme, 1977. p. 10.

<sup>3</sup> HABERMAS, Jürgen. *Diáletica e hermenêutica*. Tradução por Álvaro Valls. Porto Alegre : L&PM, 1987. p. 7.

<sup>4</sup> GADAMER, Hans-George. *Verdad y Método*. Tradução por Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapino. Salamanca : Sígueme, 1977. p. 10.

<sup>5</sup> GADAMER, op. cit., p. 10.

<sup>6</sup> GADAMER, op. cit., 414.

<sup>7</sup> OSUNA, Antonio Hernandez-Largo. *Hermenêutica jurídica: en torno a la hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid : Universidad de Valladolid, 1992. p. 30.

<sup>8</sup> Apud OSUNA, op. cit., p. 48.

<sup>9</sup> OSUNA, op. cit., p. 30.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1996. p. 87-100.

<sup>11</sup> Cfr. OSUNA, op. cit., p. 35.

<sup>12</sup> GADAMER, op. cit., p. 23.

<sup>13</sup> OSUNA, op. cit., p. 46.

<sup>14</sup> GADAMER, op. cit., p. 379.

<sup>15</sup> GADAMER, op. cit., p. 367-368-369.

<sup>16</sup> OSUNA, op. cit., p. 55.

<sup>17</sup> GADAMER, op. cit., p. 370-377.

<sup>18</sup> GADAMER, op. cit., p. 367, 368.

<sup>19</sup> GADAMER, op. cit., p. 366.

<sup>20</sup> Apud OSUNA, op. cit., p. 61.

<sup>21</sup> GADAMER, op. cit., p. 343.

<sup>22</sup> GADAMER, op. cit., p. 344.

<sup>23</sup> GADAMER, op. cit., p. 367.

<sup>24</sup> HABERMAS, op. cit., p. 15.

<sup>25</sup> BIAGIONI, João. *A ontologia hermenêutica de H. G. Gadamer : reflexões e perspectivas sobre a 3a. parte de "Verdade e Método"*. Uberlândia : Universidade Federal de Uberlândia, 1983. p. 35.

<sup>26</sup> GADAMER, op. cit., p. 366.

<sup>27</sup> GADAMER, op. cit., p. 386.

<sup>28</sup> GADAMER, op. cit., p. 384.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> OSUNA, op. cit., p. 81.

<sup>31</sup> OSUNA, op. cit., p. 82.

<sup>32</sup> BIAGIONI, op. cit., p. 16.

<sup>33</sup> GADAMER, op. cit., p. 567.

<sup>34</sup> GADAMER, H. op., cit. p. 18.

<sup>35</sup> GADAMER, op. cit., p. 400.

<sup>36</sup> OSUNA, op. cit., p. 86.

<sup>37</sup> GADAMER, op. cit., p. 383.

<sup>38</sup> GADAMER, op. cit., p. 380.

<sup>39</sup> GADAMER, op. cit., p. 398.

<sup>40</sup> OSUNA, op. cit., p. 92.

<sup>41</sup> GADAMER, op. cit., p. 366.

<sup>42</sup> OSUNA, op. cit., p. 93.

<sup>43</sup> Apud OSUNA, op. cit., p. 102.

<sup>44</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona : Ariel, 1991. p. 99 e ss.

<sup>45</sup> GADAMER, op. cit., p. 378.

<sup>46</sup> GADAMER, op. cit., p. 379.

<sup>47</sup> GADAMER, op. cit., p. 389.

<sup>48</sup> GADAMER, op. cit., p. 389.

<sup>49</sup> Apud GADAMER, op. cit., p. 390.

<sup>50</sup> GADAMER, op. cit., p. 398.

<sup>51</sup> GADAMER, op. cit., p. 400.

<sup>52</sup> GADAMER, op. cit. p. 402.

### Bibliografia

BIAGIONI, João. *A ontologia hermenêutica de H. G. Gadamer : reflexões e perspectivas sobre a 3a. parte de Verdade e Método*. Uberlândia : Universidade Federal de Uberlândia, 1983.

FERRAJOLI, Luigi. *El derecho como sistema de garantías*. 2. época. Lima : Themis, n. 29, 1994. p. 120.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método: fundamentos de una hermenêutica filosófica*. Tradução por Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 4. ed. Salamanca : Sígueme, 1991.

HABERMAS, Jürgen. *Diáletica e hermenêutica*. Tradução por Álvaro Valls. Porto Alegre : L&PM, 1987.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo :  
Martins Fontes, 1996.

OSUNA, Antonio Hernandez-Largo. *Hermenéutica  
jurídica: en torno a la hermenéutica de Hans-*

Georg Gadamer. Valladolid : Universidad de  
Valladolid, 1992.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*.  
Barcelona : Ariel, 1991.